

Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales de Escrutinio Judicial para la Evaluación de Limitaciones al Derecho Constitucional a la Igualdad

Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider*

***SINOPSIS.** Argumento que la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la igualdad debe realizarse conforme a parámetros generales de escrutinio judicial. Señalo el parámetro de evaluación que extraigo de varios casos de la Corte de Constitucionalidad y el desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Explico que el criterio de escrutinio guatemalteco no otorga una protección eficaz. Propongo además que se adopte un parámetro estricto para categorías históricamente asociadas a la discriminación (“Categorías sospechosas”). Finalmente, compruebo que la Corte de Constitucionalidad no ha aplicado un parámetro de manera consistente, lo cual constituye en sí misma una violación a la igualdad.*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LOS PARÁMETROS GENERALES DE ESCRUTINIO JUDICIAL

III. PARÁMETROS DE ESCRUTINIO JUDICIAL PARA EVALUAR LIMITACIONES JUSTIFICADAS AL DERECHO A LA IGUALDAD

- i. Corte de Constitucionalidad**
 - 1. Necesidad o Conveniencia**
 - 2. Situación Distinta**

* Abogado y Notario, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Francisco Marroquín, 2005), Maestría en Derecho, LL.M (Yale, 2009), Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Rafael Landívar, 2007 y 2010), *Visiting Fellow* del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania (2010). Miembro del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y del Bar of the State of New York, U.S.A. Email: najman.aizenstatd@aya.yale.edu. Este trabajo se benefició de una estadía en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, agradezco en especial a su director el Profesor Armin von Bogdandy. Agradezco además los comentarios de Jorge Rolando Barrios y Francisco Chávez Bosque a anteriores versiones de este trabajo y en especial a Federico Barrillas por sus valiosas observaciones. Todo error es mío. Najman Alexander Aizenstatd© Todos los derechos reservados.

3. Justificación Razonable para Establecer una Distinción de acuerdo al Sistema de Valores que la Constitución acoge

ii. Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Supuestos de hecho Sustancial y Relevantemente Diferentes

2. Fin Legítimo

3. Justificación Razonable y Objetiva

4. Proporcionalidad

IV. ESTANDAR MÁS ESTRICTO: CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE DISCRIMINACIÓN

V. DISCRIMINACIÓN EN EL MÉTODO: DESIGUALDADES EN LA EVALUACIÓN DE LIMITACIONES AL DERECHO A LA IGUALDAD

VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes garantizan el derecho a la igualdad¹ pero dondequiera crean desigualdades. En Guatemala, la mujer puede utilizar el apellido del marido, pero no su marido el de ella². Se otorga un descuento a los notarios en la adquisición de timbres fiscales que no se otorga a los demás³. Se prohíbe extender licencias de portación de arma de fuego a los que han sido condenados por asesinato⁴. Los menores de edad que transgreden la ley penal son inimputables⁵. Las disposiciones relativas al matrimonio no lo contemplan entre parejas del mismo sexo⁶. Se protege a los grupos nacionales, étnicos y religiosos contra el delito de genocidio pero no a los

¹ Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala [en adelante *Constitución*].

² Artículo 108 del Código Civil (Decreto Ley No. 106 del 14 de septiembre de 1963 publicado el 19 de diciembre de 1963) [en adelante *Código Civil*].

³ Artículo 28 de la Ley del Impuesto de Timbres y de Papel Sellado Especial para Protocolo (Decreto No. 37-92 del Congreso de la República del 21 de mayo de 1992 publicado el 25 de junio de 1992). Véase: Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad, expediente No. 247-97, Gaceta No. 47. sentencia del 18 de febrero de 1998.

⁴ Artículo 70 y 80 de la Ley de Armas y Municiones (Decreto No. 15-2009 del Congreso de la República del 31 de marzo del 2009 publicado el 21 de abril del 2009).

⁵ Artículo 20 de la Constitución.

⁶ Artículo 78 del *Código Civil supra* nota 2.

grupos raciales, políticos y económicos⁷. El abuelo paterno tiene preferencia sobre los demás abuelos y abuelas en el ejercicio de la tutela⁸. No se permite a los extranjeros adquirir propiedades inmuebles en las franjas fronterizas⁹. Se impide al sistema penitenciario vestir con uniforme naranja a los prisioneros indígenas¹⁰. Se otorgan privilegios en la adquisición de la nacionalidad a los centroamericanos¹¹. Se obliga a los jueces al retiro obligatorio a partir de los 75 años de edad¹². Se prohíbe la imposición de la pena de muerte a las mujeres, pero si se permite para los hombres¹³. Se establecen como días de asueto únicamente celebraciones católicas¹⁴. Se excluye a los ministros de culto de la posibilidad de heredar por testamento¹⁵. Se ha prohibido la entrada al país de los individuos de raza “negra”, “amarilla” o “mongólica”¹⁶. Las Universidades están exentas del pago de impuestos¹⁷. Se obliga a la delimitación de

⁷ Artículo 376 del Código Penal (Decreto del Congreso de la República No. 17-73 de fecha 5 de julio de 1973 publicado el 30 de agosto de 1973) [en adelante *Código Penal*] (No se incluyó a los grupos raciales en la tipificación del delito de Genocidio). Véase además: Najman Alexander Aizenstatd. *Origen y Evolución del Concepto de Genocidio*, 25 Revista de la Facultad de Derecho de la U. Fco. Marroquín 11 (2007) y Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-177 del 14 de febrero del 2001. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz (un análisis interesante sobre la adecuación del delito en la legislación nacional a lo establecido en la Convención para La Prevención y Sanción del Delito de Genocidio). Esta omisión ha sido objeto de una acción de inconstitucionalidad por este autor, que al momento de publicación está pendiente de resolverse (Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 2242-2010).

⁸ Artículo 299 del *Código Civil supra* nota 2.

⁹ Artículo 123 de la Constitución.

¹⁰ Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, Amparo Expediente No. 46-2006 Of. 1 sentencia de fecha 30 de octubre del 2003 citada en RECOPIACIÓN DE 24 RESOLUCIONES CON FUNDAMENTOS EN USOS Y COSTUMBRES INDIGENAS EN OBSERVANCIA DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO 2004, Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial (CENADOJ) Organismo Judicial de Guatemala (2004) pp. 44-49.

¹¹ Artículo 145 de la Constitución (preferencia a los centroamericanos en la obtención de la nacionalidad). Véase además: Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. [en adelante *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*] (Análisis de una provisión similar en la Constitución de Costa Rica).

¹² Artículo 30 literal e) de la Ley de la Carrera Judicial (Decreto No. 41-99 del Congreso de la República del 27 de octubre de 1999 publicado el 21 de diciembre de 1999).

¹³ Artículo 18 de la Constitución.

¹⁴ Artículo 377 del Código de Trabajo (Decreto No. 1441 del Congreso de la República del 29 de abril de 1961 publicado el 16 de junio de 1961 y reformas) [en adelante *Código de Trabajo*].

¹⁵ Artículo 926 numeral 3 del *Código Civil supra* nota 2. (salvo que sean parientes del testador).

¹⁶ Ley de Extranjería (Decreto Gubernativo 1781 del 25 de enero de 1936 publicado el 30 de enero de 1936). Cito algunas secciones del artículo 10: “Se prohíbe la entrada al país de los extranjeros siguientes: a) Por razones de interés social, cualquiera que sea la nacionalidades de las personas por nacimiento o naturalización: 1.- De los individuos de raza amarilla o mongólica. 2.- De los individuos de raza negra, salvo las estipulaciones de las leyes en vigor. 3.- Los gitanos. b) Por ser indeseables a perpetuidad:...7.- Los idiotas, ciegos, dementes, epilépticos, alcohólicos crónicos, sordomudos, inválidos o cualquier otra persona que por su condición física pueda constituir una carga para la sociedad o el Estado...5. a) De los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad, de origen turco, sirio, libanes, árabe, griego, palestino, armenio, egipcio, Afgán, hindú e iranio y los de las poblaciones nativas del litoral del norte de África.” (Una verdadera afrenta al principio de igualdad y dignidad).

¹⁷ Artículo 88 de la Constitución.

parqueos preferenciales para el uso exclusivo de personas con discapacidades¹⁸. Algunos bares tienen ofertas en las que cobran un precio a los hombres y otro menor o ninguno a las mujeres¹⁹. Independientemente de que estemos de acuerdo con algunas o todas de estas distinciones, podemos coincidir en que todas constituyen desigualdades. ¿Cómo determinamos cuales limitaciones son permitidas a la luz del derecho a la igualdad? ¿Bajo cuales criterios? Esos son los asuntos que discutiré en este trabajo.

Los fundamentos del derecho a la igualdad son cuantiosos²⁰. Se encuentra garantizado por la Constitución, numerosos tratados internacionales, normas legales y reglamentos²¹. De hecho, son tan numerosas y detalladas las normas que lo protegen que puedo concluir que el derecho a la igualdad en el ordenamiento jurídico guatemalteco goza de una posición privilegiada.

Toda distinción, en principio podría contradecir la igualdad, sin embargo constantemente se admiten excepciones. El derecho a la igualdad, como todo otro derecho tiene límites. La igualdad no prohíbe distinciones que se basen en evaluaciones de hechos fundamentalmente distintos que tomando en consideración el interés público busquen proteger los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad²². En muchos casos estas limitaciones sirven precisamente para reconocer en derecho las desigualdades que existen de hecho. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no todo tratamiento distinto constituye discriminación, pues no toda diferenciación es ofensiva a la dignidad²³. La

¹⁸ 65 y 66 de la Ley de Atención a Personas con Discapacidad (Decreto No. 135-96 del Congreso de la República de fecha 28 de noviembre de 1996 publicada el 9 de enero de 1996).

¹⁹ Véase de manera general, Jessica E. Rank. *Is Ladies' Night Really Sex Discrimination: Public Accommodation Laws de Minimis Exceptions and Stigmatic Injury*, 34 Seton Hall L. Rev. 223 (2005-2006); Joyce L. McClements and Cheryl J. Thomas. *Public Accommodation Status: Is Ladies' Night Out*, 37 Mercer L. Rev. 1605 (1986); y *Koire v. Metro Car Wash*. 40 Cal. 3d. 24, 219 Cal Rptr. 133 (1985), Corte Suprema de Justicia de California, Estados Unidos.

²⁰ Véase, entre muchos otros: Artículos 4, 18 literal a), 50, 51, 66, 69, 71, 73, 93 y 102 literal k de la Constitución Artículo 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobado por el Decreto No. 6 del Congreso de la República de fecha treinta de marzo de 1978 publicado el 13 de julio de 1978) [en adelante *Convención Americana sobre Derechos Humanos*] y 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por decreto del Congreso de la República No. 9-92 de fecha 19 de febrero de 1992 publicado el 21 de febrero de 1992) [en adelante *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*].

²¹ *Id.*

²² Corte Europea de Derechos Humanos, Caso "Relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de lenguajes en la educación en Bélgica" (Fondo), Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34 [en adelante *Belgian Linguistics Case*]

²³ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización supra* nota 11, párr. 56.

Corte de Constitucionalidad ha indicado también que este derecho no puede ejercerse de manera ilimitada²⁴. Si bien tiene sus límites, para dar verdadera eficacia al derecho a la igualdad, debemos reconocer que hay situaciones en que no se justifica una distinción. De lo contrario, el derecho a la igualdad perdería todo contenido y se convertiría en una norma vacía.

En este trabajo me ocuparé de los criterios establecidos para la evaluación de limitaciones al derecho a la igualdad. Me interesan en particular los criterios de evaluación por medio de los cuales se llega a una conclusión más que los resultados de casos particulares; es decir el procedimiento más que la respuesta. Debo señalar también que me referiré a la contravención del derecho a la igualdad en el ámbito constitucional y de los derechos humanos, no al delito de discriminación²⁵.

Este trabajo se divide en cuatro partes. En la primera expongo la necesidad de utilizar parámetros de escrutinio judicial neutros en forma continuada para la legitimidad e imparcialidad de las decisiones constitucionales. En la segunda parte expongo el criterio de escrutinio judicial respecto a las limitaciones al derecho a la igualdad que extraigo de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, haciendo notar algunas debilidades. Luego expongo el criterio desarrollado por La Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la tercera parte señalo la necesidad de adoptar un criterio de escrutinio más estricto en el caso que la distinción se base en características históricamente relacionadas a la discriminación. Finalmente, en la cuarta parte señalo que la Corte de Constitucionalidad no ha sido uniforme en la aplicación del parámetro que ha formulado y que en varios casos lo ha abandonado por completo o bien ha aplicado otros distintos. Esto constituye una desigualdad en el resguardo del mismo derecho a la igualdad que estas resoluciones buscan tutelar.

II. LOS PARAMETROS GENERALES DE ESCRUTINIO JUDICIAL

“Tenemos que saber donde pisar,

²⁴ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad en Caso Concreto, expediente No. 141-92, Gaceta No. 24, sentencia del 16 de junio de 1992, véase nota 42.

²⁵ *Código Penal supra* nota 7, art. 202 bis (adicionado por medio del decreto del Congreso de la República No. 57-2002 del 9 de noviembre del 2002 publicado el 9 de octubre del 2002).

porque el destino es como un camino,
donde nuestros pasos escriben nuestro final.²⁶

Detrás del texto de las provisiones que reconocen los derechos fundamentales hay principios que limitan y controlan sus alcances²⁷. Son los jueces los llamados a interpretar y descubrir estas limitaciones²⁸. Es una tarea difícil, porque las normas que garantizan estos derechos usualmente no establecen expresamente sus excepciones²⁹. Esta labor no siempre tiene una sola solución³⁰. En muchos casos los y las jueces deben de escoger entre varias alternativas, y con frecuencia más de una de ellas puede ser legalmente permisible³¹. Los tribunales gozan de un amplio margen de apreciación y no basta con que se limiten a comparar una norma concreta con los principios constitucional o convencionalmente reconocidos³². La expresión de los fundamentos es una condición necesaria para la legitimidad y credibilidad de los pronunciamientos judiciales³³. Por lo tanto es necesario que se expongan claramente los motivos de manera individualizada que conducen a tomar esa decisión. Se deben definir expresamente cada uno de los criterios conforme a los cuales se realizará esta evaluación, tanto en el caso bajo su observación como los futuros. Esto servirá para garantizar la existencia de un fundamento legítimo para la conclusión y no simplemente los valores personales o preferencias del juzgador.

Para la sociedad, más importante que el resultado apreciado como conclusión en un caso específico es el proceso argumentativo que llevó al juzgador tomar esa decisión. Cuando se

²⁶ Juan Alonso Colette Domínguez. Poema XLII, El Destino.

²⁷ Véase generalmente: Corte Suprema de los Estados Unidos. *Principality of Monaco v. Mississippi*. 292 U.S. 313, 322 (1934).

²⁸ John Hart Ely. *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW*. (Harvard University Press) (1980) p. 55-74; del mismo autor, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 Yale L.J. 934 (1973).

²⁹ E.g.: Artículo 30 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, *supra* nota 20. (solamente pueden restringirse los derechos contenidos en la misma por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas).

³⁰ Ronald Dworkin. "No Right Answer?" 53 N.Y.U.L. Rev. 1 (1978). (El Profesor Dworkin sostiene que los casos usualmente tienen una solución concreta, y que sólo en casos muy raros "exóticos" es posible que no la tengan. No comparto ese criterio).

³¹ Ver: Aharon Barak, *JUDICIAL DISCRETION*. Yale University Press (1987) p. 12.

³² Véase generalmente: José Suay Rincón. *EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL*. Estudios de Derecho Público. Instituto de Estudios de Administración Local. (Madrid) (1985) p. 55-56.

³³ Artículos 147 literal d), 148 y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Decreto No. 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente del 8 de enero de 1986). Véase además, Frederick Schauer. *Giving Reasons*. 47 Stan. L. Rev. 633 (1994-1995).

resuelve un caso en particular se decide sobre un asunto concreto, pero además se generan efectos para todo el ordenamiento jurídico. Si bien la conclusión tiene efectos para ese caso, el razonamiento influirá en muchísimas relaciones jurídicas y conductas que posiblemente nunca lleguen a discutirse adentro de un tribunal.

Para el pleno desarrollo de una sólida teoría constitucional no puede tratarse cada caso como un asunto de primera impresión. Los jueces más que la simple enunciación de la apreciación de hechos específicos al caso bajo examen, deben establecer reglas o principios generales de evaluación por medio de los cuales apreciarán casos similares en el futuro³⁴. Estos criterios de evaluación desarrollados por las cortes son parámetros de escrutinio judicial. Los parámetros deben trascender el resultado inmediato del caso y proveer reglas generales para todos los casos futuros³⁵. De esta manera se restringe la actividad judicial a lo resuelto en el pasado, conforme a principios formulados por los mismos jueces, cuando no podían prever los hechos específicos o las partes de la controversia futura. Es vital que exista una sólida teoría que no dependa de la voluntad de aquel o aquella que en un momento dado ocupa el cargo judicial o que varíe cada vez que cambian sus integrantes³⁶. Además servirán para uniformar los criterios de toda la rama judicial, lo cual constituye un gran avance para el control de la arbitrariedad.

El Profesor Herbert Wechsler, a quien se le atribuye la primera sustentación académica de la necesidad de adoptar principios neutros como parámetros de escrutinio judicial³⁷, señaló que “únicamente el mantenimiento y el mejoramiento de tales estándares y su fiel aplicación, pueden proteger a la Corte contra el peligro de imputación de parcialidad y de favorecer algunos casos sobre otros”³⁸. La formulación de estándares de aplicación subsecuente para el escrutinio judicial se ha convertido para muchos sistemas legales en un requerimiento fundamental para las decisiones judiciales. Algunos señalan que la formulación de tales principios y “su inquebrantable aplicación, es una condición necesaria para la legitimidad de las decisiones en

³⁴ Herbert Wechsler. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. 73 Harv. L. Rev. 19 (1959). Este artículo es generalmente acreditado como uno de las obras más influyentes y citadas de la academia norteamericana: Fred. R. Shapiro. *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*. 71 Chi.-Kent L. Rev. 760 (1995-1996). (Señalado como el segundo artículo legal más citado).

³⁵ *Id.* Herbert Wechsler.

³⁶ Robert H. Bork. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. 47 Ind. L.J. 1 (1971-1972).

³⁷ Herbert Wechsler *supra* nota 34. Véase además: Frederick Schauer. *Precedent*. 39 Stan. L. Rev. 571 (1986-1987).

³⁸ *Id.* Herbert Wechsler. p. 10.

materia constitucional³⁹. En este trabajo argumento que las decisiones en materia constitucional deben formularse de acuerdo a parámetros de escrutinio aplicados de manera consistente.

III. PARÁMETROS DE ESCRUTINIO JUDICIAL PARA EVALUAR LIMITACIONES JUSTIFICADAS AL DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad no debe limitarse a la igualdad bajo la ley sino también debe abarcar la igualdad en la resolución de controversias bajo la ley. Resulta contrario a la igualdad analizar de distinta manera situaciones que se encuentran en una misma hipótesis jurídica⁴⁰. Haciendo alusión al derecho a la igualdad es usual que las cortes señalen que tanto las conductas del poder público⁴¹ como la de los particulares⁴² no deben ser discriminatorias. Al efecto los pronunciamientos usualmente comparan el acto o norma con el principio general y señalan si son conformes. Sin embargo las Cortes no siempre han definido específicamente el estándar de escrutinio judicial bajo el cual han analizado el caso para llegar a esa conclusión. Algunos pronunciamientos simplemente hacen la determinación sin identificar de manera clara e individualizada cada uno de los criterios que se han tomado en cuenta para hacer esta determinación. Otros utilizan distintos parámetros en distintas oportunidades, aunque los casos sean similares. Si bien el resultado en muchas ocasiones podrá arribar a un resultado aceptable jurídicamente, no puede decirse que distintos caminos siempre lleven a la misma conclusión. La igualdad requiere el uso de una metodología igual a la solución de controversias similares, en caso contrario las cortes no están orientando su conducta en función del mismo valor que buscan resguardar.

Respecto a las limitaciones del derecho a la igualdad, son varios los tribunales que han delimitado claramente y de manera individualizada los criterios objetivos de evaluación que

³⁹ John Hart Ely. *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (Harvard University Press) (1980) p. 55 y Robert H. Bork *supra* nota 36, p. 47.

⁴⁰ Humberto Nogueira Alcalá. *El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 235 (1997).

⁴¹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad, Expediente No. 936-95, Gaceta No. 39, sentencia del 7 de marzo de 1996. (por medio de la cual declara inconstitucional el delito de adulterio).

⁴² Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia de Amparo, expediente No. 855-2003, Gaceta No. 70, sentencia de fecha 23 de octubre del 2003, [en adelante *Expediente 855-2003*].

serán aplicables a todo caso bajo su examen. La Corte Europea de Derechos Humanos por ejemplo ha señalado que toda diferencia en trato es discriminatoria si no tiene una justificación razonable y objetiva, si no persigue un fin legítimo o si no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se persigue⁴³. Esta formulación contiene el estándar de revisión que aplica a los casos de discriminación.

De manera más próxima al sistema guatemalteco dos de las Cortes Constitucionales más reconocidas de Latinoamérica⁴⁴, la Corte Constitucional Colombiana y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica también se han pronunciado al respecto. Cabe destacarse que esta proximidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco no es solamente geográfica sino jurídica ya que todas estas jurisdicciones han ratificado la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho a la igualdad⁴⁵. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el principio de igualdad permite una distinción siempre y cuando se reúnan los siguientes criterios de evaluación:

1. Exista efectivamente una situación distinta de hecho;
2. El trato distinto tenga una finalidad;
3. Que dicha finalidad sea razonable (admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales);
4. El supuesto de hecho, la finalidad que se persigue y el trato desigual guarden una racionalidad interna coherente; y
5. Esa racionalidad sea proporcionada de tal modo que la consecuencia no guarde una desproporción con las circunstancias del hecho y la finalidad que la justifican⁴⁶.

⁴³ Corte Europea de Derechos Humanos: *Inze v. Austria*, sentencia del 28 de octubre de 1987, App. 8695/79 pp. 41 *Sidabras y Dziautas v. Lithuania* (No. 2), sentencia del 27 de octubre del 2004 p. 51; *Hoffmann v. Austria*, sentencia del 23 de junio de 1993, Serie A No. 255-C, p. 58, p. 31; *Karlheinz Schmidt v. Alemania*, sentencia del 18 de julio de 1994, Serie A no. 291-B, pp. 32-33, § 24.

⁴⁴ Nestor Pedro Sagüés. Regional Report Latin America. VII Konrad Adenauer Stiftung Conference on International Law. The Contribution of Constitutional Courts in Safeguarding Basic Rights, Democracy and Development. Heidelberg (2009) p. 34.

⁴⁵ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* supra nota 20, artículos 1 y 24.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia: sentencia T-1090 del 26 de octubre del 2005, Ponente Clara Inés Vargas Hernández; sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993, Ponente Alejandro Martínez Caballero y sentencia T-049/05 del 27 de enero del 2005, Ponente Clara Inés Vargas, entre otras.

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado que el principio de igualdad no se contraviene cuando una distinción:

1. Esta provista de una justificación objetiva y razonable;
2. Tiene un fin legítimo; y
3. Hay una debida proporcionalidad entre el fin que se persigue y la distinción adoptada⁴⁷.

Los indicados anteriormente no son solamente frases que adornan las sentencias, son parámetros de escrutinio judicial establecidos por las cortes para evaluar de manera consistente las justificaciones de las limitaciones al derecho a la igualdad. Evaluar y juzgar de la misma forma a los casos similares es un requisito esencial para la credibilidad de los pronunciamientos constitucionales, en particular cuando el derecho resguardado es precisamente el derecho a la igualdad. A continuación expondré los criterios sobre el tema desarrollados por la Corte de Constitucionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

i. Corte de Constitucionalidad

El ordenamiento jurídico guatemalteco reconoce limitaciones constitucionalmente válidas al derecho a la igualdad⁴⁸. Es sobre el análisis de estas limitaciones justificadas que podemos extraer un parámetro de escrutinio judicial. Si bien no existe un principio aplicado de manera inquebrantable, de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad puede extraerse un análisis que ha sido formulado en cuantiosas ocasiones. La Corte de Constitucionalidad ha señalado en numerosas oportunidades que el principio de igualdad no es ilimitado y pueden válidamente establecerse distinciones cuando se contemple “la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge”⁴⁹. Esta cita no solamente señala la posibilidad de establecer limitaciones al derecho a la

⁴⁷ Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias No. 7262-06 de las 14:46 del 23 de mayo del 2006 y No. 1993-00316 de las 9:39 del 22 de enero de 1993, entre otras.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 141-92, Gaceta No. 24, sentencia del 16 de junio de 1992; Inconstitucionalidad Parcial expediente No. 2243-2005, Gaceta No. 88, sentencia del uno de junio del dos mil seis; Inconstitucionalidad Parcial, expediente No. 549-2006, Gaceta No. 86, sentencia del treinta de octubre del 2007; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 458-2002, Gaceta No. 65, sentencia del 31 de julio del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 885-2002, Gaceta No. 66, sentencia del 10 de octubre del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 1338-2002, Gaceta No.

igualdad, sino que además expresa los requisitos que deben de satisfacer para ser constitucionalmente válidas.

66, sentencia del 10 de diciembre del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 94-2003, Gaceta No. 68, sentencia del dos de abril del 2003; Inconstitucionalidad Parcial, expediente No. 1058-2001, Gaceta No. 65, sentencia del once de septiembre del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 746-2000, Gaceta No. 59, sentencia del 14 de febrero del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 427-98, Gaceta No. 49, sentencia del 17 de septiembre de 1998; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 355-93, Gaceta No. 31, sentencia del 19 de enero de 1994; Amparo, expediente No. 3072-2006, Gaceta No. 84, sentencia del 21 de junio del 2007; Amparo, expediente No. 1361-2006, Gaceta No. 84, sentencia del 25 de enero del 2007; Amparo, expediente No. 2933-2006, Gaceta No. 86, sentencia de 17 de septiembre del 2007; Inconstitucionalidad, expediente No. 244-89, Gaceta No. 15, sentencia del 31 de enero de 1990; Amparo, expediente No. 2367-2008, Gaceta No. 89, sentencia del 26 de agosto del 2008; Amparo, expediente No. 3043-2008, Gaceta No. 90, sentencia del 22 de octubre del 2008; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 1396-2008, Gaceta No. 89, sentencia del 16 de septiembre del 2008; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 429-2008, Gaceta No. 89, sentencia del 12 de agosto del 2008; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente No. 2658-2007, Gaceta No. 86, sentencia del 24 de octubre del 2007; Inconstitucionalidad, expediente No. 2471-2004, Gaceta No. 71, sentencia del 14 de diciembre del 2004; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente No. 807-2005, Gaceta No. 77, sentencia del 13 de julio del 2005; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente No. 2486-2005, Gaceta No. 81, sentencia del 18 de julio del 2006; Inconstitucionalidad, expediente No. 2423.2005, Gaceta No. 80, sentencia del 1 de junio del 2006; Inconstitucionalidad General, Expediente 274-2001, Gaceta No. 61, sentencia del 11 de septiembre del 2001; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 125-95, Gaceta No. 37, sentencia del 19 de septiembre de 1995; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 141-92, Gaceta No. 24, sentencia del 16 de junio de 1992; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 288-2008, Gaceta No. 90, sentencia del 30 de octubre del 2008; Inconstitucionalidad Parcial, expediente 2379-2004, Gaceta No. 75, sentencia del 17 de marzo del 2005; Inconstitucionalidad. Expediente 2336-2004, Gaceta No. 76, sentencia del 14 de junio del 2005; Inconstitucionalidad. Expediente 1553-2001, Gaceta No. 65, sentencia del 19 de agosto del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 188-2006, Gaceta No. 80, sentencia del 20 de junio del 2006; Inconstitucionalidad, expediente 1772-2003, Gaceta No. 71, sentencia del 9 de febrero del 2004; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 1269-2000, Gaceta No. 62, sentencia del 13 de noviembre del 2001; Inconstitucionalidad. Expediente 1406-2002, Gaceta No. 68, sentencia del 1 de abril del 2003; Inconstitucionalidad. Expediente 1497-2002, Gaceta No. 71, sentencia del 11 de febrero del 2004; Inconstitucionalidad. Expedientes acumulados 404-2002 y 492.2002, Gaceta No. 67, sentencia del 25 de febrero del 2003; Inconstitucionalidad, expediente 889-2005, Gaceta No. 81, sentencia del 27 de julio del 2006; Inconstitucionalidad. Expediente 3115-2007, Gaceta No. 86, sentencia del 13 de diciembre del 2007; Inconstitucionalidad. Expediente 1490-2001, Gaceta No. 63, sentencia del 7 de septiembre del 2001; Amparo, expediente 2947-2006, Gaceta No. 88, sentencia del 29 de mayo del 2008; Amparo, expediente 3399-2007, Gaceta No. 88, sentencia del 20 de mayo del 2008; Inconstitucionalidad. Expediente 1836-2007, Gaceta No. 85, sentencia del 28 de agosto del 2007; Inconstitucionalidad. Expediente 2658-2007, Gaceta No. 86, sentencia del 24 de octubre del 2007; Inconstitucionalidad. Expediente 1284-2008, Gaceta No. 88, sentencia del 27 de junio del 2008; Inconstitucionalidad. Expedientes acumulados 994-2003, 995-2003 y 2009-2003, Gaceta No. 70 del 15 de diciembre del 2003; Inconstitucionalidad, expediente 1182-2005, Gaceta No. 84, sentencia del 22 de mayo del 2007; Inconstitucionalidad, expediente 775-2007, Gaceta No. 88, sentencia del 24 de abril del 2008; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 583-2001, Gaceta No. 64, sentencia del 2 de mayo del 2002; Inconstitucionalidad, expediente 1058-2001, Gaceta No. 65, sentencia del 11 de septiembre del 2002; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 800-98, Gaceta No. 51, sentencia del 24 de febrero de 1999; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 769-96, Gaceta No. 42, sentencia del 10 de octubre de 1996; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 355-93, Gaceta No. 31, sentencia del 19 de enero de 1994; Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 2885-2008, Gaceta No. 75, sentencia del 30 de octubre del 2008; Inconstitucionalidad, expediente 3846-2007, Gaceta No. 65, sentencia del 5 de junio del 2008; Inconstitucionalidad, expediente 1675-2005, Gaceta No. 83, sentencia del 1 de enero del 2007; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 1268-2000, Gaceta No. 62, sentencia del 13 de noviembre del 2001; Inconstitucionalidad General, expediente 1300-2001, Gaceta No. 73, sentencia del 3 de abril del 2002; Inconstitucionalidad, expediente 758-2004, Gaceta No. 83, sentencia del 9 de enero del 2007.

La expresión antes citada ha sido utilizada por la Corte de Constitucionalidad en cuantiosos fallos, en procesos tanto de control de supremacía constitucional como de resguardo de derechos fundamentales. Estas han sido recopiladas de un periodo que comprende un plazo de cerca de 20 años⁵⁰, es decir la mayor parte de la existencia de la Corte, que inició sus funciones en 1986⁵¹. Estos fallos representan una muestra de las resoluciones que han formulado este parámetro, pero no pretenden agotar todos los casos en que se ha mencionado⁵².

Del análisis de lo establecido por la Corte en las resoluciones antes referidas, puede concluirse que los requisitos del parámetro son tres:

1. Necesidad o conveniencia;
2. Situación distinta; y
3. Justificación razonable para establecer una distinción de acuerdo al sistema de valores de la Constitución acoge.

A continuación examinaré cada uno de estos requisitos de manera particularizada.

1. Necesidad o Conveniencia

El primer criterio de evaluación requiere que la acción evaluada se encuentre motivada por la necesidad o conveniencia. Una acción motivada por la necesidad se lleva a cabo debido a una causa irresistible, es una situación ineludible para obtener un resultado⁵³. Respecto a la necesidad en el campo de los derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que se debe evaluar sobre si una medida está orientada a cumplir un interés público imperativo⁵⁴. Por el otro lado, una acción motivada por la conveniencia se realiza cuando se hace por algo útil, oportuno, provechoso⁵⁵. La diferencia entre una situación necesaria y una

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Adolfo González Rodas. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México. (1992).

⁵² Sin duda también habrán resoluciones de años anteriores pero no fue posible ubicarlas utilizando la base de datos de la Corte de Constitucionalidad.

⁵³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española (2001) [En adelante *Diccionario de la Real Academia*].

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párr. 96. [en adelante *Caso Ricardo Canese*].

⁵⁵ *Diccionario de la Real Academia supra* nota 53. (Una definición del término conveniente lo establece como decente o proporcionado, lo cual si nos sería útil. Sin embargo de la utilización del término en conjunción con el término “necesario” se entiende que no era esa la definición que la Corte pretendía usar).

conveniente es amplísima. Algo necesario no puede hacerse por otros medios, mientras que algo conveniente sí. El estándar de prueba que implica demostrar la necesidad de un acto es mucho mayor que aquella que debe la conveniencia.

El parámetro contiene un requisito difícil de cumplir: la necesidad, y uno fácil de superar: la conveniencia. Al exigir cualquiera de los dos, se otorga únicamente la protección que ofrece el menor entre ambos. Esto significa que bastará la conveniencia para satisfacer el parámetro exigido por la Corte.

El derecho a la igualdad se encuentra Constitucionalmente garantizado. Está además establecido en cuantiosos tratados internacionales en materia de derechos humanos⁵⁶. Las limitaciones al mismo usualmente se encuentran contenidas en disposiciones de menor jerarquía o bien en simples actos, por lo tanto debieran de estar sujetas a un estándar riguroso para ser constitucionalmente válidas. La conveniencia no ofrece el grado de protección que debiera de tener el derecho a la igualdad, ya que se puede infringir con solamente considerarse útil. Es decir puede contravenirse el derecho aunque existan otras formas de obtener el mismo resultado que no contravengan el derecho a la igualdad. Al efecto, el Juez Hernán Salgado al explicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el establecimiento de una medida o ley que se estime útil u oportuna no es suficiente para establecer un trato desigual⁵⁷. Para resguardar efectivamente los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos las limitaciones deben justificarse “según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho”⁵⁸. Para ello no basta la conveniencia. Debido a que este requisito establecido por la Corte de Constitucionalidad no ofrece ningún grado de dificultad para cumplirse, no debiera ser parte del criterio de evaluación.

2. Situación Distinta.

⁵⁶ Véase: *Supra* nota 20 (contiene referencia a algunas de las convenciones internacionales que prohíben la discriminación aplicables en Guatemala).

⁵⁷ Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes, párras. 6-10 en Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁵⁸ *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 54, párr. 96. (en relación a la libertad de expresión).

El segundo requisito del parámetro establecido por la Corte es fáctico. Este indica que debe de existir una situación distinta de conformidad a los hechos. Es decir que se presente una situación diferenciada de otra y que esto exija un trato desigual.

Debo agregar que no sólo es importante que exista una situación distinta. Es importante que se estudien las circunstancias específicas de cada caso y en particular la condición por la cual se da un trato diferenciado. Esta situación disímil debe reunir características comprobablemente distintas. En otras jurisdicciones se agrega la relevancia u objetividad de la diferencia analizada⁵⁹. Considero importante agregar que la diferencia debiera ser de importancia significativa en la distinción, pues de lo contrario no se estaría ante una situación verdaderamente distinta.

3. Justificación Razonable para Establecer una Distinción de acuerdo a Sistema de Valores que la Constitución acoge

El tercer criterio del parámetro requiere que la acción tenga una justificación. Es decir, un motivo que permita la excepción al derecho a la igualdad. Esta justificación debe ser razonable y acorde al sistema de valores constitucionales. En esencia un parámetro de razonabilidad y adecuación. La razonabilidad es un parámetro generalmente utilizado por varios tribunales⁶⁰, sin embargo su alcance es variado. Por ejemplo, para la Corte Internacional de Justicia la razonabilidad requiere que el impacto negativo no debe ser manifiestamente excesivo en relación a la protección otorgada al objetivo de la medida⁶¹, en Guatemala no se ha definido expresamente.

No existe una clara definición proporcionada por la Corte de Constitucionalidad sobre los alcances de la razonabilidad. Esto constituye una grave limitación del parámetro. La Corte de Constitucionalidad por ejemplo ha señalado que el “reconocimiento de condiciones diferentes a

⁵⁹ Por ejemplo en el parámetro establecido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica *supra* nota 47.

⁶⁰ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, entre otros.

⁶¹ Corte Internacional de Justicia. *Caso en relación a la disputa sobre derechos de navegación y derechos relacionados*. (Costa Rica Vs. Nicaragua). Sentencia del 13 de julio del 2009.

situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad...”⁶². La Corte sin embargo no ha definido expresamente cómo evalúa si se ha satisfecho este requisito.

Al aplicar la razonabilidad la Corte señaló en una ocasión que esta requiere no imponer otras limitaciones que las justamente derivadas de la naturaleza del derecho tutelado⁶³. Esto permitiría inferir que en parte es un análisis de proporcionalidad. En otras ocasiones la Corte ha señalado que el análisis de razonabilidad debía contener una “disquisición racional pertinente, el porqué tal restricción es necesaria, con el objeto de que al existir ella puedan a su vez protegerse derechos que requieren una mayor tutela⁶⁴.” Requiere por lo tanto una razón inteligible y congruentemente lógica dentro del sistema jurídico que permita establecer la necesidad de la restricción al derecho a la igualdad. En algunos casos el problema puede surgir sobre la fuente de donde se obtendrá la racionalidad de la obra legislativa, si no es directamente del texto de la norma, algunos tribunales indican que puede tomarlo implícitamente de la conciencia jurídica de la comunidad⁶⁵.

Este parámetro, o bien uno adicional, debería servir para determinar si el trato desigual resultante es acorde y no desmedido en relación al fin que persigue la medida y si se encuentra estrechamente ligado al fin que se busca. Igualmente puede servir como criterio para evaluar si el acto puede realizarse de tal manera que tenga menor o ninguna incidencia en el derecho a la igualdad. En fin es necesario que la Corte aclare si por razonable se refiere a racionalidad, proporcionalidad o ambas.

⁶² Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva, expediente No. 482-98, Gaceta No. 48, del 4 de noviembre de 1998 citada también por Amparo, 2947-2006, Gaceta No. 88, sentencia del 29 de mayo del 2009; Amparo No. 3072-2006, Gaceta No. 84, sentencia de fecha 21 de junio del 2007; Amparo No. 1361-2006, Gaceta No. 83, sentencia de fecha 25 de enero del 2007; Amparo No. 2933-2006, Gaceta No. 86, sentencia de fecha 17 de septiembre del 2007; Amparo Expediente No. 2947-2006, Gaceta No. 88, sentencia de fecha 29 de mayo del 2008; Amparo Expediente 3399-2007, Gaceta No. 88, sentencia de fecha 20 de mayo del 2008; Inconstitucionalidad Parcial Expediente No. 2150-2004, Gaceta No. 77, sentencia de fecha 12 de julio del 2005; Inconstitucionalidad Parcial Expediente No. 894-2002, Gaceta No. 68, sentencia de fecha 18 de junio del 2003.

⁶³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 1024-96, Gaceta No. 45, sentencia del 15 de julio de 1997.

⁶⁴ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad General. Expediente No. 276-99, Gaceta No. 55, sentencia de fecha 5 de enero del 2000 e Inconstitucionalidad Parcial, Expediente No. 1803-2005, Gaceta No. 81, sentencia de fecha 15 de junio del 2006. (No puede considerarse un requerimiento de necesidad ya que no tendría sentido entonces requerir la conveniencia).

⁶⁵ Humberto Nogueira Alcalá *supra* nota 40, p. 243.

Por ejemplo sabemos que aplicando una base de razonabilidad la Corte ha señalado, que las siguientes diferenciaciones al principio de igualdad son razonables: declarar incapaces para suceder por testamento a las instituciones extranjeras⁶⁶; otorgar mayor sueldo a jueces de paz con título profesional que aquellos que no lo tienen⁶⁷; otorgar mayor sueldo a trabajadores sociales con título profesional que aquellos que no lo tienen⁶⁸; excluir del beneficio de redención de penas a los condenados por homicidio doloso, parricidio, violación agravada y otros delitos⁶⁹; establecer distinto plazo para la aplicación de normas sobre productos lácteos a empresas que tienen instalado un proceso de pasteurización⁷⁰, establecer distintas edades de capacidad a hombres y mujeres para contraer matrimonio⁷¹, establecer prioridad a las abuelas paternas sobre las maternas en la obligación de pagar pensiones alimenticias⁷², establecer procesos distintos para las ejecuciones iniciadas por instituciones bancarias⁷³, entre otras. Tales situaciones sin embargo abarcan campos tan distintos que no es posible obtener de ellas un criterio general.

El parámetro exige que la distinción además se adecúe al sistema de valores contenidos en la Constitución. La justificación debe evaluarse con el conjunto de valores constitucionales para ver si es congruente con el resto de principios. De esta manera el último requisito involucra determinar si el acto y su justificación encuadran de manera concordante en el ordenamiento Constitucional y los valores que son amparados por la misma. Los requisitos expuestos en las secciones anteriores analizan la medida de manera aislada, éste último lo hace dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto. La medida debe situarse armónicamente dentro del conjunto de valores reconocidos por el ordenamiento jurídico. Haciendo uso de este análisis la

⁶⁶ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad Parcial Expediente No. 534-2007, Gaceta No. 88, sentencia de fecha 10 de abril del 2008.

⁶⁷ Corte de Constitucionalidad, Amparo Expediente No. 3072-2006, Gaceta No. 84, sentencia de fecha 21 de junio del 2007, Amparo Expediente No. 1361-2006, Gaceta No. 83, sentencia del 25 de enero del 2007, Amparo Expediente No. 2933-2006, Gaceta No. 86, sentencia de fecha 17 de septiembre del 2007, Amparo Expediente No. 2497-2008, Gaceta No. 89, sentencia de fecha 29 de mayo del 2008.

⁶⁸ Corte de Constitucionalidad, Amparo Expediente 3399-2007, Gaceta No. 88, sentencia de fecha 20 de mayo del 2008.

⁶⁹ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad Parcial Expediente No. 2150-2004, Gaceta No. 77, sentencia de fecha 12 de julio del 2005.

⁷⁰ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad Parcial Expediente No. 894-2002, Gaceta No. 68, sentencia de fecha 18 de junio del 2003.

⁷¹ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad, Expediente 84-92, Gaceta No. 28, sentencia de fecha 24 de junio de 1993 [en adelante *Expediente 84-92*].

⁷² Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad. Expediente 2471-2004, Gaceta No. 71, sentencia del 14 de diciembre del 2004.

⁷³ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 141-92, Gaceta No. 24, sentencia del 16 de junio de 1992.

Corte ha señalado como ejemplos de valores que la Constitución acoge que permiten establecer limitaciones al derecho de la igualdad al valor del interés social predominante sobre el valor individual⁷⁴, la protección a los menores y a la familia⁷⁵, y el derecho a alimentos⁷⁶.

ii. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la entidad encargada de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Guatemala ha reconocido su competencia⁷⁷. Las sentencias de esta Corte han sido citadas en varias ocasiones por la Corte de Constitucionalidad⁷⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación al derecho de igualdad⁷⁹. Al respecto ha señalado que existen tratos diferenciados admisibles bajo la luz del derecho a la igualdad⁸⁰. No todo tratamiento

⁷⁴ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad General de Ley, Expediente No. 534-2007, Gaceta No. 88, sentencia del 10 de Abril del año 2008.

⁷⁵ Expediente 84-92 *supra* nota 71.

⁷⁶ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad en caso concreto, Expediente No. 2486-2005, Gaceta No. 81, sentencia del 18 de julio del 2006.

⁷⁷ Acuerdo Gubernativo No. 123-87 del 20 de febrero de 1987 (El acuerdo fue objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte de Constitucionalidad, véase: Inconstitucionalidad General. Expediente No. 483-98, Gaceta No. 53, sentencia del 29 de septiembre de 1999).

⁷⁸ Los casos son demasiados para citar en este apartado, véase como ejemplos: Corte de Constitucionalidad, Amparo, expediente No. 889-2000, Gaceta No. 61, sentencia del 4 de julio del 2001; Amparo, expediente No. 219-2001, Gaceta No. 67, sentencia del 3 de marzo del 2003; Amparo Expedientes No. 1731-2004 y 1732-2004, Gaceta No. 76, sentencia del 27 de abril del 2005; Inconstitucionalidad, Expediente No. 910-2008, Gaceta No. 90, sentencia del 6 de octubre del 2008; Amparo Expediente No. 227-2004, Gaceta No. 72, sentencia del 16 de abril del 2004.

⁷⁹ Véase, las opiniones consultivas: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 82-127. [en adelante *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*] (contiene una amplia discusión del derecho de igualdad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos); *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119 [en adelante *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*]; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 43-55 [en adelante *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*]; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización* *supra* nota 11, párr. 52. Véase además los casos contenciosos: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 [en adelante *Caso de las Niñas Yean y Bosico*]; *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 [en adelante *Caso Yatama*] y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 [en adelante *Caso de la Comunidad Mayagna*] y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Serie C. No. 205.

⁸⁰ *Id. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr.84.

distinto constituye discriminación pues no toda diferenciación es ofensiva a la dignidad⁸¹.

Luego de analizar varios fallos y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸² podemos extraer el parámetro que ha desarrollado para evaluar si una distinción contraviene el derecho a la igualdad. Al efecto, las distinciones para ser válidas deben basarse en:

1. Supuestos de hecho sustanciales y relevantemente diferentes;
2. Fin legítimo;
3. Justificación objetiva y razonable;
4. Proporcionalidad razonable y objetiva entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.

Debo señalar que en ocasiones en que el grupo afectado ha sido históricamente discriminado o es especialmente vulnerable por sus características intrínsecas, la Corte ha establecido una categoría especial, denominada “prohibida” o “sospechosa” a la cual le debe aplicar un estándar de protección más estricto⁸³. Más adelante, en la sección IV, trataré el tema de las categorías sospechosas de manera detallada. Además, la Corte ha declarado que cuando así lo dispone la norma evaluada, se debe adoptar un estándar cerrado, por medio del cual se permiten distinciones únicamente por los motivos señalados en el instrumento jurídico bajo análisis. Por ejemplo, en el caso de diferenciaciones en el trato de niños, la Corte ha señalado que de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño el objeto único de cualquier distinción debe ser el ejercicio de los derechos reconocidos bajo la misma⁸⁴.

⁸¹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. supra* nota 11, párr. 56.

⁸² *Id.* párras. 12, 57; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño supra* nota 78. párr. 47; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados supra* nota 79, párras 91 y 119; Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes *supra* nota 57. párras. 6-10; *Caso de las Niñas Yean y Bosico supra* nota 78, párra 166; *Caso Yatama supra* nota 78. párra 206. Ver además generalmente: Com. IDH. Caso 11.784. Marcelino Hanríquez y otros Vs. Argentina. 3 de octubre del 2000.

⁸³ Voto concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes, *supra* nota 57.

⁸⁴ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño supra* nota 78; *Caso de las Niñas Yean y Bosico supra* nota 78 y *Caso Yatama supra* nota 78.

A continuación analizaré de manera individual cada uno de los requerimientos del parámetro desarrollado por la Corte.

1. Supuestos de Hecho Sustancial y Relevantemente diferentes

El primer requisito versa sobre la situación a la cual se le da un tratamiento distinto. La Corte requiere que sean situaciones efectivamente distintas y que la diferencia sea sustancial y relevante. Sobre el primer factor es importante señalar que debe existir una distinción importante y esa diferencia debe fundamentar una conexión entre la diferencia y el objetivo que persigue el trato distinto⁸⁵. Además, esa diferencia debe ser relevante, es decir que debe tener una importancia significativa que justifique un trato distinto⁸⁶. Dado lo anterior, el criterio establecido por la Corte para el análisis de la situación fáctica es riguroso. No basta con que exista una situación de hecho diferente sino que esa situación debe ser de importancia suficiente y estar directamente relacionada a la distinción.

2. Fin Legítimo

El segundo criterio es la evaluación del objetivo de la medida. Lo que se persigue lograr a través de su implementación. El trato distinto debe encontrarse legítimamente motivado de conformidad con la obligación Estatal de proteger y dar un resguardo eficaz a los derechos humanos. Este requerimiento además obliga al juez a examinar los motivos que dieron razón a la implementación del trato distinto. Para esto no bastará que analice simplemente los motivos expresados por el creador de la distinción, sino que debe investigar y descubrir la motivación real de la distinción.

Sobre este tema la Corte ha señalado que la determinación de la legitimidad del fin se evalúa al considerar si el mismo conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas⁸⁷. En especial ha señalado que la distinción no puede basarse en fines que

⁸⁵ Corte IDH., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. *supra* nota 11, párr. 57.

⁸⁶ Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes *supra* nota 57.

⁸⁷ *Id y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. *Supra* nota 11, párr. 57.

se aparten de la justicia o de la razón, que sean arbitrarios, caprichosos, despóticos o que repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁸⁸.

3. Justificación Razonable y Objetiva

De conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ser válida toda distinción debe de contener una legítima justificación. El primero de los requerimientos de la justificación es que sea razonable. La razonabilidad como explica el Juez Rodolfo E. Pisa Escalante implica que la justificación no puede ser contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren⁸⁹. Para el caso deben observarse los efectos de la medida en atención a los principios que prevalecen en las sociedades democráticas⁹⁰.

La objetividad en su caso requiere un análisis imparcial y desprovisto de los valores personales del que aplica la medida al caso particular.

4. Proporcionalidad

Finalmente el criterio de evaluación requiere una adecuada proporción entre el trato distinto y el objetivo. Esto implica que cuando existen varias opciones para alcanzar el fin que busca la distinción, debe escogerse aquella que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue⁹¹. Es decir, la restricción debe ser medida al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo lo menos posible en el efectivo ejercicio del derecho⁹².

IV. ESTANDAR MÁS ESTRICTO: CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE DISCRIMINACIÓN

⁸⁸ *Id.* Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. *supra* nota 78, párr. 47; Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes *supra* nota 55, párr. 6; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* *supra* nota 78, párr. 91.

⁸⁹ Voto separado del Juez Rodolfo E. Pisa E. párra 14, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* *supra* nota 11.

⁹⁰ *Belgian Linguistics Case* *supra* nota 22.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 54, párras 96 y 133; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párras. 121 y 123. *Caso Yatama* *supra* nota 78 Párr. 206.

⁹² *Id.* *Caso Ricardo Canese*, Párr. 96.

“Del hecho que las personas son muy diferentes sigue que, si las tratamos de igual manera, el resultado debe ser desigualdad en su actual posición, y la única forma de colocarlas en una posición de igualdad sería tratarlas de manera distinta.” F.A. Hayek⁹³

El principio de igualdad implica que situaciones iguales deben de tratarse de la misma manera y que no puedan hacerse diferenciaciones discriminatorias, sin embargo la igualdad también requiere que se trate de manera distinta a situaciones diferentes⁹⁴. Existe un grupo de categorías particularmente odiosas cuya utilización por si misma ofende a la dignidad. Estos criterios han sido parte de procesos históricos de discriminación. Categorías como la raza⁹⁵, género, etnia o religión no deben constituir criterios para la diferenciación excepto en las circunstancias más estrictas⁹⁶. Debe reconocerse que no puede simplemente declararse que toda distinción basada en esos criterios está prohibida, pues habrá numerosas situaciones en que será necesario hacerlas, nuestro ordenamiento contiene varias disposiciones, incluso leyes enteras basadas en estas categorías, por ejemplo género⁹⁷ o etnia⁹⁸. En gran parte precisamente para

⁹³ Traducido del ingles: “From the fact that people are very different it flows that, if we treat them equally, the result must be inequality in their actual position, and that the only way to place them in an equal position would be to treat them differently”. F.A. Hayek. THE CONSTITUTION OF LIBERTY. (U. of Chi. Press) (1960) p. 87.

⁹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Thlimmenos vs. Grecia* (objeciones preliminares), App. No. 34369/97 del 6 de abril del 2000. (al postulante se le impidió colegiarse como contador debido a que tenía una condena penal previa, sin embargo esa condena era por insubordinación al rehusarse a usar uniforme militar lo cual era prohibido según su religión como Testigo de Jehovah).

⁹⁵ Utilizo este término porque es el generalmente empleado en la legislación de la materia, sin embargo entiendo que todos los seres humanos pertenecemos a una misma raza.

⁹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 7608-06 de las 11:55 del 6 de octubre del 2006.

⁹⁷ Entre otras, artículos 18 literal b y 102 literal k de la Constitución, la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (Decreto No. 22-2008 del Congreso de la República de fecha 9 de abril del 2008 publicado el 7 de mayo del 2008), la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer (Decreto No. 7-99 del Congreso de la República del 3 de septiembre de 1999 publicado el 9 de septiembre de 1999); La Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por el decreto ley No. 49 del 29 de junio de 1982 publicado el 6 de septiembre de 1982), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de *Belem do Para*” (Aprobada por decreto del Congreso de la República No. 69-94 de fecha 15 de diciembre de 1994 publicado el 23 de diciembre de 1994); todo el título cuarto capítulo segundo del *Código de Trabajo* supra nota 14; los artículos 43, 46, 134-139, 173, 176, 177, 181, 182, 194, 225 “A”, 225 “C”, 229, 238 y 489 del *Código Penal* supra nota 7; Ley de Desarrollo Social (aprobada por el Decreto No. 41-2001 del Congreso de la República de fecha 26 de septiembre del 2001 publicado el 19 de octubre del 2001) y una gran cantidad de artículos del *Código Civil* supra nota 2. Incluso varias instituciones: La Fiscalía de la Mujer del Ministerio Público y la Secretaría Presidencial de la Mujer, entre otras.

⁹⁸ Entre otros, Artículos 66-70 y 76 de la Constitución, la Ley de Desarrollo Social *Id*, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado por decreto del Congreso de la República No. 09-96 de fecha 3 de mayo de 1996 publicado el 28 marzo de 1996); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones

resguardar a estos grupos contra la discriminación. Pero el uso de estas categorías sólo debe permitirse en las circunstancias más estrictas.

Cuando una distinción se basa en categorías tradicionalmente relacionadas con la discriminación varios tribunales han optado por considerarlas *a priori* sospechosas de discriminación⁹⁹. En este caso les aplican un nivel de protección más estricto. Esto conlleva una reversión de la carga de la prueba y queda en manos del acusado demostrar que la medida no constituye discriminación, de lo contrario se presumirá que lo es¹⁰⁰. Entre estas Cortes se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰¹. En Latinoamérica, entre otras, puede mencionarse a La Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica¹⁰². Al efecto algunas cortes han sostenido que se deben rechazar en principio distinciones basadas en “rasgos inmutables de la constitución física o psicológica; que han servido históricamente para estigmatizar a un grupo; o cuando no se relacionan con las habilidades o méritos individuales de un personas para realizar una tarea¹⁰³.”

El fundamento esencial del establecimiento de categorías sospechosas radica en que algunos criterios no pueden legítimamente constituir criterios para la justificación de un trato distinto si no en las circunstancias más limitadas y atendiendo a los más altos estándares de control judicial. La formulación de estándares más rigurosos para categorías sospechosas de discriminación se deriva históricamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Esa Corte interpretó que la Constitución protegía a las minorías en contra de la discriminación¹⁰⁴. Desde entonces la Corte Suprema de aquel país ha señalado que cuando se

Unidas el 13 de septiembre de 2007 A/RES/61/295. Incluso varias instituciones: La Comisión Contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas (CODISRA), El Embajador de los Pueblos Indígenas de Guatemala y La Academia de Lenguas Mayas, entre otras. Sobre la tutela positiva de la igualdad en el derecho constitucional latinoamericano véase Humberto Nogueira Alcalá *supra* nota 40, pp. 245-251.

⁹⁹ Kristin Henrard. *Equality of Individuals*. Max Planck Encyclopedia of International Law. Párra. 30.

¹⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 7608-06 de las 11:55 del 6 de octubre del 2006.

¹⁰¹ Voto Concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantes *supra* nota 57.

¹⁰² Para una descripción breve del prestigio de estas cortes en Latinoamérica véase: Nestor Pedro Sagüés *supra* nota 44.

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481-98 del 9 de septiembre de 1998, Ponente Alejandro Martínez Caballero [en adelante *Sentencia C-481-98*].

¹⁰⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) footnote (pie de página) 4 (esta sección es considerada *obiter dicta*). Fué aplicado el criterio por primera por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en: *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1949).

infringe un derecho fundamental con base en la condición de pertenecer a un grupo racial, ese criterio es sospechoso de discriminación y por lo tanto sujeto a un nivel de escrutinio más estricto¹⁰⁵. Este nivel estricto requiere que la distinción se encuentre estrechamente limitada al necesario cumplimiento de un interés esencial del Estado¹⁰⁶. La aplicación de un estándar estricto desarrollada por la Corte de Suprema de los Estados Unidos ha sido adoptada por muchos otros tribunales e inclusive es hoy “aceptada por la mayoría de tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo¹⁰⁷.” En Colombia por ejemplo el parámetro de escrutinio más estricto fijado por La Corte Constitucional de Colombia para categorías sospechosas es el siguiente:

1. Se debe pretender satisfacer un interés legítimo y se trate de una necesidad social imperiosa;
2. El trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental, sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y
3. La Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad de la medida en tal sentido que aparezca de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afecta por la medida de diferenciación¹⁰⁸.

No todas las categorías de discriminación son objeto de estos parámetros tan riguroso de calificación, se reserva únicamente para grupos que requieren la mayor protección¹⁰⁹. Sin embargo, tomando en consideración que a lo largo de la historia de nuestro país varios de estos factores han sido históricamente usados para discriminar y menoscabar a grupos particulares, la

¹⁰⁵ La Corte usualmente selecciona entre tres parámetros: i) estricto (*narrowly tailored to a compelling State interest*); ii) intermedio (*substantially related to an important government interest*) y iii) racional (*rationally related to a legitimate State interest*). Véase de manera general: Harris M. Miller II. *Argument for the Application of Equal Protection Heightened Scrutiny to Classifications Based on Homosexuality*. 57 S. Cal. L. Rev. 797 (1983-1984).

¹⁰⁶ Aaron Baker, *Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a U.S. Suspect Classifications Model under Article 14 ECHR in the U.K.* 56 Am J. Comp. L. (2008).

¹⁰⁷ *Sentencia C-481-98 supra* nota 103.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que las desigualdades basadas en género o preferencia sexual no están sujetas a este parámetro. El género es objeto de análisis intermedio y la preferencia sexual de escrutinio racional (el nivel que ofrece la menor protección).

Corte debe presumir *a priori* que algunas categorías no pueden justificar por sí mismo un trato diferenciado. Para seleccionar las categorías sospechosas la Corte puede tomar en consideración la historia de discriminación en nuestro país hacia los indígenas o hacia las mujeres. Además puede considerar a algunos de los grupos específicamente señalados por la Ley de Desarrollo Social, es decir indígenas, mujeres, personas de áreas precarias, niños y adolescentes, adultos mayores, entre otros¹¹⁰. Sin embargo, la selección de categorías sospechosas debe a su vez responder a un parámetro general de selección. Por ejemplo, para establecer cuales categorías se consideran sospechosas, la Corte Constitucional de Colombia utiliza los siguientes criterios:

1. Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad;
2. Han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y
3. No constituyen, por si mismos, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales¹¹¹.

En Guatemala no se ha adoptado de manera expresa la creación de un estándar estricto de escrutinio para categorías sospechosas. Al analizar casos de posible discriminación, incluso aquellos fundamentados en criterios como etnia¹¹², género¹¹³, origen nacional¹¹⁴, por citar algunos, se aplica el mismo estándar de escrutinio judicial que aplica para categorías neutras o bien no se aplica ningún parámetro sino simplemente se concluye que el acto es o no discriminatorio¹¹⁵.

Considero necesario que bajo nuestro ordenamiento se establezca un criterio más estricto en estas situaciones. Esto otorgaría un nivel adicional de protección a los grupos que más lo requieren y que usualmente tienen el menor acceso a los recursos y medios para hacer valer

¹¹⁰ Artículo 16 de la Ley de Desarrollo Social supra nota 97 (al cual sugiero evaluar agregar también a los homosexuales y extranjeros).

¹¹¹ *Sentencia C-481-98 supra* nota 103.

¹¹² *Expediente 855-2003, supra* nota 42.

¹¹³ *Expediente 84-92 supra* nota 71. (Diferencias entre hombres y mujeres en el matrimonio, la Corte consideró que las diferencias si eran justificadas aplicando el estándar general).

¹¹⁴ Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad General de Ley, Expediente No. 534-2007, Gaceta No. 88, sentencia del 10 de Abril del año 2008 (incapacidad de instituciones extranjeras para heredar).

¹¹⁵ *Expediente 855-2003 supra* nota 42.

sus derechos en las Cortes. Además serviría para asegurar mejor protección a estos grupos, considerando que los jueces tampoco son inmunes a cometer actos de discriminación.

Es importante resaltar además que la adopción de categorías sospechosas de discriminación por las Cortes otorga reconocimiento a la importancia de ciertos grupos en la sociedad y ayuda a evitar su estigmatización¹¹⁶. Esta clasificación sirve además para fomentar su participación en el sistema de justicia y para legitimar la lucha de estos grupos a favor de la igualdad. Es importante que las entidades responsables de administrar la justicia envíen una clara señal al poder público y a los particulares que toda distinción basada en esos motivos se presume, salvo los estándares más altos, discriminatoria.

IV. DISCRIMINACIÓN EN EL MÉTODO: DESIGUALDADES EN LA EVALUACIÓN DE LIMITACIONES AL DERECHO A LA IGUALDAD

La igualdad no debe servir solamente para resolver casos concretos sino como principio orientador de toda la actividad del poder público. Los jueces son los encargados de resguardar los valores constitucionales y por lo tanto son los primeros obligados a respetarlos. Si las Cortes han desarrollado criterios bajo los cuales apreciarán casos de posibles contravenciones a la igualdad, ateniéndose al mismo principio de igualdad es necesario que lo apliquen a todos los casos bajo su examen. En caso contrario, las Cortes estarían actuando en contra del mismo principio que buscan resguardar. Los parámetros son tan importantes como el derecho mismo, pues son los que guardan las puertas de entrada a su protección, pudiendo servir para garantizar efectivamente el derecho a la igualdad o reducirlo a una mera expresión sin contenido real. Se discrimina también cuando se aplican distintos criterios de evaluación para otorgar a casos similares la protección que otorga el derecho a la igualdad.

Una disposición analizada bajo distintos estándares puede arrojar resultados opuestos. Así por citar un ejemplo la Corte de Constitucionalidad sostuvo que varias diferencias establecidas entre hombres y mujeres en la regulación del matrimonio eran válidas a la luz del

¹¹⁶ Owen Fiss. *Groups and the Equal Protection Clause*. 5 Phil. & Pub. Aff. 124 (1976).

derecho a la igualdad¹¹⁷, mientras que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al analizar las mismas normas bajo la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, concluyó que varias de ellas sí eran discriminatorias, utilizando un parámetro diferente de evaluación¹¹⁸.

Es claro que la Corte de Constitucionalidad no ha utilizado el parámetro de evaluación que ha desarrollado de manera inquebrantable en todos los casos bajo su examen. Es más, en los casos en que si los aplica, en gran parte no lo hace de manera rigurosa. En los casos citados en este trabajo por lo general se ha observado que la Corte de Constitucionalidad no hace un examen exhaustivo y detallado individualizando cada uno de los requisitos en secciones separadas y señalando su conformidad con el caso bajo estudio. En algunos de ellos la Corte cita la frase que alude al parámetro solamente como referencia o antecedente jurisprudencial. En otros solamente como argumento de los reclamantes¹¹⁹. En muchas ocasiones el principio se establece no para la evaluación pormenorizada de sus requerimientos sino para evidenciar que es posible establecer tratos diferenciados para el sistema constitucional, y no como puntos de examen obligado.

Se evidencia además la existencia de numerosos fallos en donde se analiza una posible contravención al derecho a la igualdad en los cuales la formula ni siquiera se menciona¹²⁰. En

¹¹⁷ Expediente 84-92 *supra* nota 71.

¹¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marta Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*. Caso 11.625 Informe No. 4/01 del 19 de enero del 2001 [en adelante *Marta Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*]. Finalmente muchas de estas disposiciones fueron derogadas por el Congreso: véase, Decreto No. 80-98 del Congreso de la República del 16 de noviembre de 1998 publicado el 23 de diciembre de 1998. Las discrepancias entre las entidades del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y la Corte de Constitucionalidad se hacen más notables cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que el proceso de amparo tal y como está establecido en Guatemala contraviene los derechos humanos, sin embargo la Corte de Constitucionalidad por su lado continua resolviendo los amparos de igual manera como parte de su actividad diaria con el objetivo de hacer valer los derechos fundamentales (Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. Serie C No. 211 Párrs 106-124, 153 y 237 y *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre del 2003. Serie C. No. 101. Párrs 134.26, 204, 206, 207, 209-211.)

¹¹⁹ Por ejemplo: Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 1060-2003, Gaceta No. 70, sentencia del 26 de octubre del 2003 (sólo lo menciona brevemente como argumento de los interponentes).

¹²⁰ Por citar solamente algunos: Corte de Constitucionalidad, Inconstitucionalidad en caso concreto. Expediente 734-99, Gaceta No. 54 sentencia del 28 de octubre de 1999; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 431-99, Gaceta No. 53, sentencia del 6 de julio de 1999; Inconstitucionalidad en caso concreto, expediente 307-99, Gaceta No. 52, sentencia del 17 de junio de 1999. Expediente 855-2003 *supra* nota 42 (discriminación en el ingreso a un bar a un indígena); Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 936-95, Gaceta No. 39, sentencia del 7 de marzo de 1996. (se declara inconstitucional el delito de adulterio ya que solo era aplicable a las mujeres); I

numerosos casos en que se declara que la norma o conducta analizada si contraviene el derecho a la igualdad, ni se menciona parámetro de evaluación establecido por el mismo tribunal¹²¹. Si la misma Corte ha señalado el examen que permite identificar las situaciones en que una situación es ilegítima, no debiera de poder llegar a la conclusión sobre su validez sin aplicarlo.

Además del examen de la aplicación inconsistente del parámetro puede apreciarse que es bajo el nivel de protección que ofrece por si mismo cuando si se aplica. Los requerimientos se formulan en términos amplios y la conveniencia como parámetro no ofrece mayor dificultad en satisfacerse. La preponderante mayoría de casos citados analizados bajo este criterio de evaluación son declarados sin lugar. Es importante notar también que en los casos en que la Corte si ha decidido que una norma u acto contraviene el derecho a la igualdad, es sumamente raro que lo haga aplicando el parámetro¹²². En muchos casos en que declara contravención con el derecho a la igualdad ni siquiera lo menciona y entre los pocos casos en que si lo hace gran parte de ellos se refieren a temas fiscales y financieros. De esto se presume que el nivel de protección es tan bajo que para declarar la incompatibilidad con el derecho a la igualdad en casos en que debe hacerlo pero superan el parámetro, debe abandonarlo. Sin embargo, al considerar que cuando el parámetro fue utilizado en otros casos para explicar los motivos por los cuales si es permisible una limitación al derecho a la igualdad, se utilizó el parámetro para establecer que esos requisitos se cumplían. Por lo tanto en aquellos casos en que no se permite una distinción debiera indicarse de que manera esos requisitos establecidos por el parámetro no han sido satisfechos y no simplemente abandonar el parámetro. De lo contrario estos pronunciamientos aunque se realicen con miras a proteger el derecho a la igualdad, constituyen una nueva

Expediente 84-92 supra nota 71 (análisis de disposiciones del Código Civil que hacen distinciones entre hombre y mujeres) e Inconstitucionalidad. Expediente No. 670-2003, Gaceta 74, sentencia del 21 de Diciembre del 2004 (se basa en el derecho público para analizar el derecho al antejuicio), Inconstitucionalidad. Expediente 161-2002, Gaceta No. 65, sentencia del 26 de agosto del 2002 (igualdad de los hijos en los requisitos para los pasaportes), entre otras.

¹²¹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente No. 936-95, Gaceta No. 39, sentencia del 7 de marzo de 1996; *Expediente 855-2003 supra* nota 42; Inconstitucionalidad. Expediente 161-2002, Gaceta No. 65, sentencia del 26 de agosto del 2002, entre otras.

¹²² Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 1406-2002, Gaceta No. 68, sentencia del 1 de abril del 2003. (aranceles) Inconstitucionalidad. Expedientes acumulados 404-2002 y 492.2002, Gaceta No. 67, sentencia del 25 de febrero del 2003. (impuestos) Inconstitucionalidad. Expediente 3115-2007, Gaceta No. 86, sentencia del 13 de diciembre del 2007. (impuestos) Inconstitucionalidad. Expedientes acumulados 994-2003, 995-2003 y 2009-2003, Gaceta No. 70 del 15 de diciembre del 2003 (intereses a tarjetas de crédito). (es posible que existan más casos, sin embargo en todo caso son poco frecuentes).

inconsistencia y generan más desigualdad respecto a los casos que no se otorgó la protección precisamente con base en el parámetro.

La utilización inquebrantable de parámetros de escrutinio limitará además la actuación judicial en casos de mayor injerencia política. Uno de los ejemplos más claros de la incongruencia en la aplicación e interpretación de parámetros constitucionales consiste en que la misma Corte de Constitucionalidad ha evaluado un acto y lo ha considerado constitucional. Luego al analizar un acto idéntico y entre las mismas partes ha declarado que no es constitucional. Por ejemplo, en 1990 la Corte de Constitucionalidad resolvió que prohibir a José Efraín Ríos Mont ser candidato presidencial conforme a lo dispuesto en el artículo 186 de la Constitución era válido debido a su participación en un golpe de Estado y no contravenía el derecho a la igualdad¹²³. Esto a su vez fue avalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁴. Trece años más tarde, la Corte de Constitucionalidad al analizar nuevamente el mismo supuesto declaró ahora que prohibir la inscripción como candidato presidencial de la misma persona y por los mismos hechos contravenía sus derechos fundamentales¹²⁵. Además de las posibles injerencias políticas del caso, la Corte utilizó dos parámetros de escrutinio judicial muy distintos para resolver, lo que en esencia eran situaciones idénticas. En el segundo caso aplicó un parámetro de escrutinio judicial que ofrecía una protección muy superior a la otorgada en cualquier caso resuelto por la Corte de Constitucionalidad entre todos los que han sido analizado en este trabajo. Este ejemplo evidencia la necesidad de la aplicación de parámetros generales de aplicación futura, con independencia de los que integran en un momento dado la magistratura constitucional.

VI. CONCLUSIÓN

¹²³ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Amparo, Expediente No. 280-90, Gaceta No. 18, sentencia del 19 de octubre de 1990.

¹²⁴ *Rios Mont v. Guatemala*. Caso No. 10.804, Informe No. 30/93. Com. IDH. 12 de octubre de 1993.

¹²⁵ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Amparo. Expediente No. 1089-2003, Gaceta No. 69, sentencia del 14 de julio del 2003. [en adelante *Expediente 1089-2003*] (Votaron en contra: Juan Francisco Flores, Rodolfo Rohrmoser y Carlos Enrique Reynoso). Esta sentencia ha sido considerada por varias instituciones, incluyendo a este autor, como contraria al texto y espíritu de la Constitución. Véase: Centro Para la Defensa de la Constitución, comunicado del 15 de julio del 2003, disponible en www.cedecon.org.

Son abundantes los casos en que no se aplican de manera rigurosa formulas establecidas por la Corte de Constitucionalidad como parámetros generales de escrutinio o simplemente se abandona del todo¹²⁶. Un sistema jurídico que debe tutelar el derecho a la igualdad está obligado a aplicar esta misma igualdad en la resolución de casos similares. De lo contrario, los parámetros en vez de ser criterios de evaluación son simples frases que se repiten en los textos judiciales que dejan la decisión enteramente a la discreción del tribunal. Los intérpretes de las normas fundamentales están obligados a desarrollar criterios para la evaluación objetiva de los asuntos que se presentan ante el tribunal y ante los tribunales subalternos. Al haberlo hecho son ellos los primeros llamados a seguirlos de manera consistente. Los intérpretes no son legisladores que gocen de representatividad democrática y por lo tanto sus decisiones deben tener límites. Estos límites son fundamentales, especialmente cuando esa interpretación sirve para analizar la validez de actos de entidades que si gozan de legitimidad democrática, como el poder legislativo. Así como la igualdad es un límite a la actuación del ente legislador, debe serlo también para el ente judicial. El límite en este caso requiere que se sigan las resoluciones previas y que se apliquen al futuro cuando no se conoce la identidad de las partes y circunstancias particulares que se presentarán. De esta manera, se aplica a todos el mismo criterio de evaluación. De no ser este el caso, los tribunales a donde se acude para hacer valer el derecho a la igualdad se convierten en fuente de desigualdad¹²⁷.

Además de su aplicación consistente es necesario que, para mejorar el nivel de protección que otorgan los parámetros se tome inspiración en el derecho internacional y comparado. En particular que se adopten criterios que evalúen expresamente la relevancia de la distinción, la legitimidad del fin, la proporcionalidad de la medida y la adopción de categorías sospechosas de discriminación. El análisis de la conveniencia de la medida debe abandonarse. Sin embargo es importante notar que la aplicación generalizada en si misma conllevara al desarrollo de reglas justas. La aplicación consistente servirá para mejorar el contenido. Como bien señaló Robert Jackson magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “no hay

¹²⁶ *Supra* nota 120.

¹²⁷ La frase merece señalar que los hechos discriminatorios que fueron evaluados en la primera condena basada en el delito de discriminación tuvieron lugar en la misma sala de vistas de la Corte de Constitucionalidad. Véase: Tribunal Décimo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente, causa No. 12930-2003 Of. 3, sentencia del 11 de abril del 2005, véase: INFORME DEL PROYECTO “BUSQUEDA DE JUSTICIA POR DELITO DE DISCRIMINACIÓN EN GUATEMALA” (Fundación Rigoberta Menchu, 1 de marzo del 2003).

garantía práctica más efectiva contra el gobierno arbitrario e irrazonable que requerir que los principios que se imponen a una minoría deban aplicarse a todos¹²⁸.” De hecho el parámetro de la Corte de Constitucionalidad más completo que encontré en un caso aislado al realizar esta investigación requería la evaluación de la proporcionalidad, racionalidad, razonabilidad y congruencia del acto reclamado con el principio de igualdad¹²⁹. Este criterio contiene un parámetro que ofrece una protección más eficaz que el formulado en la preponderancia de casos. No fue sin embargo formulado para proteger a un grupo históricamente vulnerable a la discriminación si no a una figura de importancia política. En ese caso el tribunal expresó que su función consistía en:

“mirar más allá de los textos, en busca de su sentido, de su armonía contextual, de la racionalidad y razonabilidad del propio Derecho Constitucional y de las normas y actos subordinados a él, de su congruencia con otras normas, principios o valores fundamentales, de su proporcionalidad con los hechos, actos o conductas que tienden a regular o a ordenar, y de las condiciones generales de igualdad, sin discriminación en que deben interpretarse y aplicarse, todos los cuales son parámetros del examen de constitucionalidad del acto de autoridad impugnado¹³⁰.”

En ese caso el tribunal aplicó un estándar muy superior a la simple conveniencia, razonabilidad y adecuación que aplica en la abrumadora mayoría de sus casos. Superior al utilizado respecto a grupos vulnerables: mujeres¹³¹, extranjeros¹³², indígenas¹³³ y adultos mayores¹³⁴ cuando son estos quienes más requieren la protección del derecho a la igualdad. Si no se utiliza un parámetro uniforme o si cada caso similar es resuelto según parámetros distintos, solo un resultado será constante, la pérdida de credibilidad del tribunal constitucional.

¹²⁸ Voto concurrente del Juez Jackson en *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106, 112-113 (1949), citado en *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

¹²⁹ Expediente 1089-2003 *supra* nota 125.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 549-2009, Gaceta No. 96, sentencia del 30 de octubre del 2006 y Expediente 84-92 *supra* nota 71.

¹³² Corte de Constitucionalidad. Apelación de Amparo, Expediente 1003-2004, Gaceta No. 73, sentencia del 2 de agosto del 2004.

¹³³ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 2896-2007, Gaceta No. 89, sentencia del 8 de julio del 2008.

¹³⁴ Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad. Expediente 1024-96. Gaceta No. 45, sentencia del 15 de julio de 1997.